

資 料

〔外国文献紹介〕

早稲田大学刑事法学研究会

ヴォルフガング・フリッシュ

「法の諸原理の表れとしての緊急避難の諸規制」

永 井 紹 裕

(1) はじめに

本稿では、Ingeborg Puppe の古稀祝賀論文集に掲載されている Wolfgang Frisch の論文を紹介する。Frisch は、現在のドイツ刑法学において、もっとも有力な論者の一人である。

本稿で紹介する論文は、近年、とりわけドイツにおいて、議論が活発化している緊急避難の正当化原理に関するものである。この論文では、攻撃的緊急避難⁽¹⁾と防御的緊急避難で、異なった正当化原理が妥当することが示されている。また、どちらにも属しない類型として衝突事例を挙げ、現代で問題とされている事例に関して、その解決を模索している。

さらに、特徴的である点として、同様の原理が妥当する他の法制度との比較を行っているところを挙げることができる。

類型化の意味や正当化原理の基礎づけ、また制約の基礎づけ等、わが国の緊急避難論への示唆も大きいように思われる。

(2) 論文の概要

ドイツ法においては、財への危険回避するために行った、(無関係な)他人の財への侵害は、単に免責されるだけでなく、権利として正当化されることが認められている。物に関する侵害に限定していた民法典の制定の後に、立法者は、刑法においても緊急状況回避のための行為が、どのような要件のもとで正当化され

(1) なお、本論文で Frisch は、同じ類型で攻撃的緊急避難 (Aggressivnotstand) と犠牲的緊急避難 (Aufopferungsnotstand) という二つの用語を用いているが、特に内容の違いは見受けられないので、本稿では一般的な用語法に従い、攻撃的緊急避難に統一した。

るかについて明確にした。しかし、その文言についての解釈が争われることになった。そこでは、単に個別事例の解決が争われているというにとどまらず、そもそもドイツ刑法34条が、いかなる事例類型 (Fallkonstellation) を捕捉しているかがすでに争われているのである。さらには、「本質的優越性」や、それと「相当性条項」との関係についても意見の一致を見ない。このような不明確性は、偶然の産物ではなく、緊急避難権についての理論的基礎付けを欠いたことの結果である。それゆえ、この理論的基礎付けについての研究を出発点とすべきである。

Ⅰ、理論的基礎づけについて：危険を回避する他人の財の侵害を許容するためのさまざまな合理的根拠

理論的基礎づけに関しては、危険回避のために、他人の財を侵害する権利を与えることを正当化する理由が問題となる。この基礎づけは、危険に遭遇している者と、回避措置によって被害を受けた者双方の視点から、合理的に見える場合にのみ説得力ある基盤を提供する。さらに、この基礎づけは、この権利の前提や正当化可能な範囲について、何かしら指し示すものでなければならない。

そうすると、危険回避のために、他人の財を侵害することを認める権利を統一的に把握することはできないということがすぐに明らかになる。この権利を理性的に捉えるためには、侵害権の範囲にとって重要である事情、侵害される財に起因しているかという区別が考慮される必要がある。民法理論も刑法理論も、このレベルで防御的緊急避難と攻撃的緊急避難を区別していたが、両者が全く異なった根拠や法原理に基づいているということは、めったに強調されることはない。

さらに、この二分法では適切に説明できない事例や、異なった規制が妥当する事例が存在する。この点は、防御的緊急避難と攻撃的緊急避難の事例の探究と、侵害権をその限りで基礎づける理性的根拠と原理の探究のあとで、立ち戻ることにする。

Ⅱ、危険に対し答責的な財の侵害

1、正当な状態を補充的に保証する権利としての緊急避難権

Ⅰで述べられたことからすると、もっとも明確に見えるのは、危険回避行為が、危険を生じさせた財や人間に向けられる、防御的緊急避難として示される類型である。

ここでは、功利的な考慮ではなく、法的人格としての個人が、他者や共同体に対して、自身の行為や、自身の支配する領域から危険を生じさせてはならない、という義務が問題となる。この義務は、行動の自由や、自身の領域を支配することを、お互いに認めることの内在的な前提となる。もっとも、この義務が遵守さ

れない場合に被害を受ける者は、通常は、国家機関による救済を求めることになる。しかしながら、そのような手段では、正当な状態（Rechtszustand）を手に入れないとき、法秩序は、自身で当該状態を手にする権利を与える。これは、管轄を持つ国家機関が適時に到達できない場合に、正当な状態を手にはできないことを防ぐための、不可欠で、双方にとって理性的な帰結となる。

2、権利の広がりに関する帰結

危険回避行為が、義務者自身が負う義務の範囲内に収まる場合には問題は生じない。ここでは、義務者はいずれにしろ放棄すべき財を失うだけだけである。

しかしながら、常にそのような状況にあるわけではない。危険を回避する者は、比較的激しい措置でのみ危険を回避しえたり、救助的措置を超えた、さらなる付加的な財の損害によってのみ危険を回避しえたりする一方で、義務を負う者は、財に関係ないあるいは財を傷つけない措置によって、生じた危険を緩和し、または危険のない状態にすることが可能である、ということはよくある。この場合、義務を負う者が、適宜にこの権利のために必要なものを提供できないときは、付加的なコストは義務者によって惹起されたものとして、義務者自身が負うべきである。

また、危険を回避する者の権利は、確実に損害が生じるという場合だけでなく、高い可能性しかない場合でも認められる。さらに、自身で措置を講じることができない場合には、自身の負担でもって、措置が講じられることを甘受しなければならない。また、自身の行為や自身が支配する領域から、第三者の財に対して危険が生じうる、というような外観を招いた者に対しての危険回避行為も合法である。というのは、そのような外観を生じさせたのは、義務者であるし、この場合に第三者がその危険を甘受しなければならないとすると、第三者の自由の行使を根拠なく制約し、正当な状態を狂わせることになるからである。

3、警察法における類似性

危険に対して答責的である者に対しての緊急避難措置は、正当な状態の維持について補充的であり、必要である限りにおいて許されるというのが、防御的緊急避難の適切な理解である。このことは、同様に、人間の組織化や、行動から生じた危険の除去を主題としている、警察法に目を向けても示される。とりわけ、いわゆる妨害者（Störer）に対する危険を除去する、公権的な措置に取り組む警察法である。この点において見出される根拠づけや特徴づけが、ここで得られるものを確認し、加えて、緊急避難行為者の緊急権のさらなる具体化に資する認識をもたらす。

警察法との一致点は、自身の行為や組織化から他人や公共への危険を生じさせたことが、この者に対して危険除去のために必要な措置を行うことを、正当化するというところにある。さらに、警察法においては、危険除去のための権利が、現実に財の侵害に到る場合のみならず、行為の時点で、危険が存在することを出発点としてよい場合、にも存すると解されている。というのは、外見上危険な状態を招いたことが、他者の自由な発展の基礎である、有益な共同生活の不可欠な前提に反するからである。

もちろん、警察法へ目を向けることは、防御的緊急避難状況において行為する者の緊急権を基礎づける原理や本質について、ここで得られる理解の確認をもたらすだけではない。警察法の個々の規制は、許容される措置について、緊急避難論が述べるよりはるかに細かい言明を含んでいる。そのすべてを援用できないにしても、とりわけ防御的緊急避難権において比例性の基準が顧慮されている場合には、段階づけられ、同時に比例性の考慮と結びついた、警察法上許容される措置が、行為の具体化にとって、重要なよりどころを形成するのである。

4、他の刑法的制度に関する帰結

前述の原理は、さらに、矯正処分と保安処分の正当化にもっともよく合致する。

これらの処分の適法化のためには、それが財の維持に有用であるということを論拠とするだけでは不十分であることは、今日では広く承認されている。というのは、危険性を有する者に対してなされる強制は、答責性などの法原理と両立していなければならないのだが、多くの論者はこのことを不可能であるとみなしているからである。したがって、彼らは危険性を除去する予防的処分という概念を、一般的に否定するか、あるいは保安拘禁のような処分を、その者のこれまでの振舞いに科すにふさわしい刑罰に転換しようとする。

ここで前述した原理が、処分の適法化の問題において再び助けになる。というのは、この原理は、予防的処分の適法化にとって中心的な意義を有する観点に、目を向けさせるからである。それは、危険を生じさせない責任を持つ法的人格に対して、補足的に、必要な危険回避措置を講じる根拠と前提となるのは、その者では危険の除去を行ったり保証したりすることができない、という想定である。

過去にたびたび深刻な犯罪行為を行った行為者は、犯罪行為なく組織化する義務を破っただけでなく、将来において当該義務を遵守することを、もはや十分には保証できないという状況も生じさせている。この行為者に対しては、一般的な答責性が否認されるわけではないが、通常ならば危険なく組織化 (Organisation) することを信頼させるに足りる、その答責性だけでは、もはや十分でなく

なるのである。行為者の当該行為によって、共同体がもはや、その者が犯罪行為をせず組織化するという規範的信頼を持てず、それゆえ正当な状態の保証のためには、付加的な処分を講じなければならない。このことは、保安拘禁のような処分を、予防的な措置ではなく、刑罰の一形式とみなす論者によっても適切だと考えられている。

III、危険回避のための無関係な財の利用

1、問題

財の危険回避のために、無関係な第三者の財を利用する、緊急権の第二の関係は、前述の原理では基礎づけられえない。ここでの侵害は、自身の行為や自身の支配する領域から、危険を生じさせていない人間における、財の今ある正当な状態を変更させてしまう。このことが、法と両立するか、法的原理に基づかせることができるか、については自明のことではない。ここでは、そのような権利一般が存在しうるのであるかどうか、そしてどのようにして基礎づけられうるのか、について説明することが必要となる。

2、基礎づけの試み：理性的な自己の義務づけの原理

多くの記述において、34条の緊急避難は、全く問題のないものと感じられている。しばしば、功利主義的あるいは集合主義的な見地から、明らかに価値の低い財や利益の侵害によって、価値の高い財や利益が失われることが回避できるのであれば、それは自明なことである、という基礎づけがなされている。しかし、そのような理解では、被害を受ける者の自律や自由との両立という問題が考慮されず、個人の自由や自律性を中心に置く見地からすれば説得力を持たない。

ここで論すべきなのは、以下のような試みである。すなわち、救助行為によって被害を受ける者の甘受義務を、連帯性の思想に基づかせ、それを法原理として示す試みである。法は、単に個人の自律や自由の承認を含んでいるだけでなく、その自由や自律を相対化する連帯義務も含んでいるのである。これは、実質的に正しい方向を示している。もちろん、この試みは、多くのことを未解決のままにしている。とりわけ、連帯性の規模についての基礎づけ、というより深い問題が残っている。

これについては、以下のように答えることができる。ある程度の連帯性の必要性の承認は、事実上、個人の自由や自律の承認と同じ基礎の上に立っている。すなわち、他人の自由や自律を、相互に承認するだけでなく、ある程度の連帯性の義務付けを課するのが普遍的であり、理性的である。たしかに、そのように自己を義務づけることは、他者の緊急状況という偶然的な事情でその財を犠牲にする

ことになるが、逆に、自身の財に重大な侵害が迫っている場合に、他者の財を使用することによって、緊急状況を回避することが認められることになる。このように、適度な保険という理性的なものが、自己を義務づけるのである。

3、自己の義務づけと対応する権利の広がり

このような義務づけは、犠牲になるのが、代替可能で修復可能な財であり、また、その犠牲が損害賠償で補填可能であるとき、そしてその犠牲によって価値の高い財の喪失や重大な侵害が避けられうるときに、とりわけ理性的なものとなりうる。しかし、仮に両者で物や物的価値が問題となっているときでも、自身の一時的な犠牲で、大きな物的価値の喪失を避けることも、それが相互に起こりうるものである限りで認められる。

それに対して、他者の生命や重大な身体障害への危険の場合に、重要で、仮に二つあるような臓器を犠牲にすることへと義務付けるのは、理性的で受け入れ可能なこととはいえない。

ここから、ドイツ民法904条の適度な線引きに根拠づけが与えられるが、それに対して刑法34条は十分な輪郭を持たないため、自律に適う制約に関する説明付けを必要となる。ここでも、緊急避難の類型や、そこで決定的である原理、また、そこから帰結する緊急避難規制について簡単に概観することが、重要だと思われる。というのは、防御的緊急避難の場合のように、ここでも同じ原理に根拠を持つ、法秩序のほかの制度や現象が存在するからである。したがって、ここで見出された原理はほかの刑法の問題の解決にも有益である。

4、原理のさらなるあらわれ

- a) 攻撃的緊急避難と、明らかな平衡関係にあるのは、ここでも再び警察法である。危険が、それに対して答責的な者に対しての措置でも、警察自らの措置でも除去されない場合に、公共の安全や秩序に対して、責任を持たない市民の自由や財が要求されることがありうる。そこで要求される特別の犠牲は、その者に期待可能であって、自身に危険なく提供されうるものに限られる。このことは、民法や刑法での緊急避難における犠牲に類似性を持つ。というのは、個人があらゆる事情を認識したうえで、理性的に考えて自身でも行う用意があるか、あるいは心構えがあるべきことしか、その者に期待可能でないからである。
- b) さらに、刑法323条cの緊急状況や共同の危険における不救助罪は、緊急避難の規制を超えた事例を含んでいる。事故現場や共同の危険に際して、期待可能であり必要な救助を行う義務は、今日では連帯義務のあらわれと

して理解されている。個人の自律を出発点とする法理解においては、個人には、理性的理由から自身を義務づけるべきことしか要求しえないというところに、緊急避難に比べて、不救助罪の正当性を根拠づける難しさがある。

- c) 自己を義務づけることが、自己制約の形態であられるのは次の場合である。すなわち、自身の正当な状態の維持が、犠牲になる者の財の多大な損害と結びつくような場合は、それを放棄し、逆の場合に、大きな損害を甘受しなければならない事態を防ぐ、とするときである。これが防御的緊急避難の相当性条項の背景を構成する。同時に、このような観点は、なぜ正当防衛の場合には、単純に均衡条項と結び付けられないのかについて明らかにする。この場合には、単に違法な攻撃を慎むことにより、法への信頼を規制に頼ることが回避できるのであるから、そのような規制を了承することは理性的ではないとされるからである。それではただの反対給付なしの放棄にすぎなくなる。

5、他の刑法上の問題提起に対する原理の有益性について

他人の緊急状況の回避のために、ある程度の範囲で自身の自由や財を犠牲にするのは、自律的な人間の見地からして理性的である。その考え方は、議論がある多くの問題の解決のために有益な理解の根源をも含んでいる。

この点が問題となるのは、行動の自由に属する行為が他人の犯罪行為を容易にしたり、可能にしたりするということを、蓋然的あるいは可能性を有する、いわゆる中立的行為による幫助である。禁止の根拠となるのは、それ自体中立的な寄与がもとで、もしかすると可罰的な行為の遂行が行われるということだけである。

ここで実質的に問題となるのは、他人の犯罪行為を困難にし、それとともに公共や他人の個人的な財に対する危険に対処するために、その自由を要求されるということである。これは、自身が答責的でない、他人の財に対する危険を除去あるいは軽減するために自身の財が使用される緊急避難と共通する。したがって、緊急避難において決定的である原理により、自由の領域に属する行為を差し控えるということが要求されたり、あるいは期待されてもよいということになる。

詳細はすでに述べたが、ここでは、他人の重大な犯罪行為に際してのみ自由が犠牲にされ、また、他人の犯罪行為の危険を減らすために、よりゆるやかな手段がある場合には、行為の自由を完全な剥奪することはできない、ということだけが示される。

IV、衝突における財の侵害

1、事例類型の例証と境界づけ

この両者のカテゴリーづけやそれと結びつく侵害権の相違が、あらゆる場合に事実即解決を示すかについては疑問が生じる。ときおり紛争に対して、両者が答責的である、あるいはだれも答責的でないように見えることがあるが、その場合は、すでに財に由来する危険というイメージに合致しない。当該事例においては、単に紛争が存在する、あるいはそれ自体有意義で許容されている行為の遂行が、他人の財の維持の利益と衝突している、ということしか言うことができない。

このような事例の例としては、必要な治療行為や手術が必然的に妊娠中絶を要求し、あるいはそれを予見させる人工妊娠中絶がある。さらに、転落し、すぐに切れそうなザイルにぶら下がっている登山者の事例や、カルネアデスの板の事例も、構造的にこの事例群に属する。また、2001年の9.11事件で強く議論されるようになった、テロリストによる航空機のハイジャックに対する防衛行為が、必然的にテロリストの殺害だけでなく、乗客の死をも招いてしまう、というものである。今日において実際上の意義を持つのは、個人的な財に対する危険を回避するために必要な行為が、公共的な財を侵害してしまう、という事例である。

2、決定的な原理：実践的整合性とより高い価値の優先

ここでは、これまで指導的であった原理が助けにならないということが、すぐにわかる。救出行為によって害を被る財や財の担い手が、義務を遵守しなかったことによって、緊急状況を惹起したわけではない。両者の財は、お互い損害なく両立することができない、あるいは、損害の回避や生き延びるためには、両者が同じ手段を必要とする、というように運命的に連結していることによって競合している。この場合に、両者の財は、原則として同等に保護に値し、維持に値するのであって、法秩序はその点を考慮したうえで、適切な解決を模索しなければならない。

このような衝突における、法による解決の第一の目標は、可能な限り両者の財を維持することである。したがって、先の妊娠中絶の場合には、まず、子供が生きられる時点までの妊娠の継続が、母親に対する、限定的で、コントロール可能な危険によって可能かどうかが問題となる。生命を救うために必要な病院への搬送が、物的財への危険や抽象的危険を創出する形態で行われた場合に、それによって救出の機会が重要な程度より良くなったというときには、最適な交通の安全の削減を甘受しなければならない。このような解決は、競合する利益が両者の削減によって、穏便にそしてその中核が維持されることを試みる、「実践的整合性

の原理」によるものである。

もちろん、この方法では解決できない衝突事例も存在する。環境媒体に相応の負担を伴う、緊急弁の開放によって、間近に迫った爆発を回避できるという事例や、テロリストによってハイジャックされた航空機に対する、即座に必要なものとなる対抗措置の場合は、この原理での解決は困難に感じられる。このように、競合する財のうち、どちらかに決定しなければならないという場合には、より価値の高い財（利益）の維持に優先、ここでは救出のための緊急権が、与えられる。価値の低い財に優先を与え、また、価値の高い財の緊急権を否定し、その消滅へ導くことは、合理的でないだろう。もっとも、攻撃的緊急避難の解決原理である、救出される財が侵害される財をはるかに凌駕している場合に緊急権が許容される、というのは、事実に対応していないように見える。このような価値の隔たりは、攻撃的緊急避難に要求されるものであって、ここでの衝突事例では意味を持たない。攻撃的緊急避難においては、ある者の緊急状況は、その財をもって問題なく生活していた他人にさしあたり何も要求すべきでない。それゆえその緊急状況の緩和のために、合理的な者として、その自由意思によって自己を義務付けられる範囲でのみ貢献すべきであることだけが要求されうるところにその基礎づけがある。これに対して、ここでは、競合する財が、事態が深刻化した場合に、両者の削減でもって互いに両立しえない。したがって、価値の低い財が価値の高い財を押しつけるべきでないとすると、救出の権限にとっては、すでに明確な価値の高さがあれば十分でなければならない。それゆえ、正当化のためには、明確な優越性で十分である。

以上述べてきたことから、緊急権を認めるべきでない衝突事例が存在することが導かれる。それは、衝突する財が同じ地位であるか、説得力ある違いが見出せない場合である。しかしながら、同じことが航空機の墜落の場合に妥当するかは未解決の問題である。その解答は、救助行為の放棄が、それによって害を被る財を助けず、単に他の財への付加的で深刻な帰結を導くだけという緊急状況において、救助される財の優越性という要件の例外が基礎づけられるかどうかにか定的に左右される。たとえば、救助行為の禁止がここではもはや有意義な機能を果たし得ないという考慮でもって。

最後の問題は、本稿の枠内では適切に扱いきれない困難で独立した問題である。

（３） 若干のコメント

前述したように、Frisch は防衛的緊急避難と攻撃的緊急避難を区別し、異な

った法原理を妥当させている。また、この二つに分類されない類型として衝突事例を挙げており、この点も本論文の特徴をなすといっよいであろう。防衛的緊急避難を特徴づける、共同体に対する義務違反が妥当せず、攻撃的緊急避難における「著しい優越性」を要求することも妥当でない事例を、異なった考慮から検討するのは、適切な分類をしたうえのことならば適切であるように思われる。

そして、本論文の最大の特徴は、類型化された緊急避難のそれぞれに妥当する法原理と、同様の考慮が可能である他の法制度との比較を行っている点である。当該正当化事由がどのような正当化原理に基づいており、その正当化原理がそのほかの制度の正当化にどのように広がり、また制約を基礎づけるか、という視点は、我が国にはあまり見られないのではないだろうか。

しかしながら、我が国の議論状況に鑑みると、以下の点に注意が必要だと思われる。第一に、そもそも我が国において防衛的緊急避難という類型を取り入れる必要があるのか、という疑問が存在する点である。防衛的緊急避難を否定する見解も有力であり、とりわけ対物防衛を認める我が国では、当該類型化の必要性の基礎づけが求められる。

第二に、攻撃的緊急避難の正当化原理として連帯性の原理を挙げているが、これも我が国では一般的とは言えない。したがって、ドイツの議論状況⁽³⁾をそのまま我が国の議論に反映させることには、慎重さが求められる。もちろん、我が国においても、連帯性の原理を正当化原理とする見解も有力となってきてはいるが、ドイツにおけるほど議論が活発に行われているとは言⁽⁴⁾い難い状況である。さらに、そもそも連帯性の原理そのものの内容が様々であり、Frisch の述べる連帯性の内容が、適切な理解であるかについてはさらなる考察が必要である。

第三に、本論文では、衝突事例を独自の類型として扱っているが、そこで挙げられている事例が、他の事例とそれほどの違いを持って扱われる根拠が不明確であるように思われる。たとえば、人工妊娠中絶事例や登山者の事例は、なぜ防衛的緊急避難の類型に含まれないのだろうか。どちらの事例も、危険回避行為で被

(2) 例えば、山口厚「緊急避難論」同『問題探究刑法総論』有斐閣 (1998年) 104頁以下がある。

(3) 近年でも多くの論文や単著が刊行されている。とりわけ包括的に、刑法における連帯性を扱った論文集として Andreas von Hirsch / Ulfrid Neumann / Kurt Seelmann (Hrsg.), *Solidarität im Strafrecht*, 2013 がある。

(4) 森永真綱「緊急避難論における社会連帯義務 (一)」姫路法学46号 (2007年) 4 頁は、我が国においては、この連帯性の原理がほとんど基礎づけられおらず、論者における内容的相違も明らかでないと述べる。

(5) Kurt Seelmann, *Ideengeschichte des Solidaritätsbegriff im Strafrecht*, in *Solidarität im Strafrecht* (Fn. 3), 2013, S. 44 ff.

害を受ける者が、危険源を担っている点で違いはないように見える。⁽⁶⁾この点を明らかにするためには、防御的緊急避難を特徴づける、共同体に対する義務違反の内容を、さらに具体化する必要があるように思われる。また、衝突事例に関しては、どちらも優先権を得られないのであれば、なぜ同等利益の保持で正当化を認めず、優越性を要求するのが疑問である。

もちろん、以上のような疑問点にもかかわらず、本論文の持つ意義や我が国への示唆失われるわけではなく、とりわけ他の法制度との比較を視野に入れる点は、今後の議論に新たな方向性を示すものであるように思われる。

(6) もし、どちらも危難に遭遇している点に違いを求めるのであれば、当該事例はいわゆる（生命）危険共同体に分類されることになる。しかし、依然としてなぜその場合が通常の緊急避難の類型と異なるのかについて、本論文からは十分に読み取れなかった。